

---

# Convivencia entre personas del mismo sexo e interés público en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

## *Cohabitation of Same-sex Partners and Public Interest in the Doctrine of the European Court of Human Rights*

**Javier NANCLARES VALLE**

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Navarra  
jnancla@unav.es

RECIBIDO: 12/01/2015 // ACEPTADO: 24/05/2015

---

**Resumen:** El incremento de los mecanismos de protección de la convivencia entre personas del mismo sexo por parte de las legislaciones nacionales se ha visto acompañado de un cambio en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha reconocido que dicha convivencia estable está incluida en el concepto de vida familiar y que el matrimonio entre personas del mismo sexo tiene encaje dentro del derecho recogido en el artículo 12 del Convenio. En el modelo de matrimonio presente en los códigos civiles y en los textos internacionales de mediados del siglo pasado confluía el interés individual de las personas en constituir una comunidad de vida familiar, con el interés público en velar por el relevo generacional y por disponer de un marco de socialización y educación de los hijos. Tras la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y tras la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Schalk and Kopf v. Austria* se constata el predominio absoluto del interés individual de los cónyuges o de los integrantes de la unión estable, sirviendo dichos modelos de convivencia para la tutela de su dignidad y de su libertad individual, así como para el libre desarrollo de su personalidad. La presencia de un interés público en la regulación y protección de ambas fórmulas de convivencia queda totalmente oscurecida. Por esta razón, resulta llamativo que se excluya de dicha protección y del acceso a dichas instituciones a otros modelos de convivencia en los que están presentes los mismos intereses individuales, así como los mismos valores y principios. La apuesta por las relaciones comprometidas heterosexuales y homosexuales, presente en otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sobre la cual se justifica la citada exclusión, hace aflorar de nuevo en sede familiar la idea de interés legítimo del Estado y permite plantearse cuál es ese interés y por qué viene a ser exigido a unos tipos de convivencia y no a otros. Cuestión ésta que ha de ser correctamente resuelta, para evitar vulnerar el principio de no discriminación.

**Palabras clave:** interés público; matrimonio entre personas del mismo sexo; Tribunal Europeo de Derechos Humanos; principio de no discriminación.

**Abstract:** The growth of mechanisms for the protection of the cohabitation of same-sex partners in national legislations has been accompanied by a change in the doctrine of the European Court of Human Rights, which has recognized that said stable cohabitation is included in the concept of family life, and that marriage between persons of the same sex participates in the right stated in Article 12 of the Convention. In the model of marriage found in the civil codes and international texts in the mid-20th century, people's individual interest in forming a family community merged with the public interest in safeguarding the generational shift and in providing a framework for the socialisation and education of children. After the European Union Charter of Human Rights and the sentence of the European Court of Human Rights in the case of *Schalk and Kopf v. Austria* we find the absolute pre-eminence of the individual interest of the spouses or the members of a stable union. These cohabitation models protect their dignity and individual freedom and also defend the free development of their personality. The presence of public interest in the regulation and protection of both cohabitation is completely obscured. For this reason, it is striking that models protection and access to these institutions are excluded for other cohabitation models in which the same individual interests are present, together with the same values and principles. This support for committed heterosexual and homosexual relationships, found in other sentences of the European Court of Human Rights which are used to justify exclusion, brings up the idea of the legitimate interest of the State and makes one wonder what this interest is and why it is demanded for some types of cohabitation and not for others. This issue must be properly resolved so as not to infringe the principle of non-discrimination.

**Keywords:** Public Interest; Same-Sex Marriage; European Court of Human Rights; Rule of Non-Discrimination.

## 1. SITUACIÓN NACIONAL E INTERNACIONAL: UNA TENDENCIA SOSTENIDA

En los últimos años ha sido una constante a nivel nacional e internacional la búsqueda de mecanismos de protección, de carácter general o sectorial, de los modelos de convivencia afectiva y estable entre personas del mismo sexo.

En España esta tendencia se tradujo en la aprobación de trece leyes autonómicas en las que Comunidades Autónomas, con o sin competencia civil, establecieron normas tendentes a proteger las uniones de hecho o parejas estables (la terminología no es uniforme) del mismo o de distinto sexo, institucionalizando estas formas organizativas de la vida afectiva. Para ello se tomó como base el modelo matrimonial, del que se recibió una parte del régimen jurídico (impedimentos, algunos derechos y obligaciones sucesorios, tutela, ausencia, adopción, consecuencias patrimoniales de la disolución...) y respecto del cual se habló repetidamente de una equiparación que en muchas ocasiones no fue cumplida (v.gr. la Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables y su no regulación de la protección de hijos de anterior matrimonio en caso de convivencia *more uxorio* del viudo).

La ausencia de una ley nacional reguladora de este fenómeno social no impidió que el legislador estatal dictara diferentes normas, en muchos casos incluso anteriores a las leyes autonómicas (v.gr. artículos 12 y 16 Ley de Arrendamientos Urbanos, Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987 sobre adopción, o artículo 3.2. b/ de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo), en las que se otorgaban derechos a los integrantes de este tipo de parejas protegiendo en concreto a quienes formaran una pareja unida de forma permanente por una relación de afectividad análoga a la conyugal con independencia de su orientación sexual (expresión este última que se suprimía en algún caso, como en las dos últimas leyes citadas).

Esa actitud autonómica y estatal se inspiraba en la interpretación del Tribunal Constitucional recogida en las STC 222/1992, 6/1993, 47/1993, en las que se admitía que la Constitución Española no protegía un modelo único de familia (en concreto, la matrimonial) sino que exigía la protección de otros modelos de relaciones personales englobables en un concepto constitucional amplio de familia. Entre esas relaciones estarían las integradas por dos personas que conviven de manera prolongada a la manera marital, y ello con independencia del sexo al que perteneciere cada uno de ellos.

En Europa, por su parte, la tutela de tal modelo de convivencia contaba con ciertos precedentes. No procede ahora extendernos en esta materia, por haber sido ya tratada doctrinalmente en reiteradas ocasiones, pero la regulación ofrecida por algunos países del Norte de Europa (como Dinamarca con su Ley sobre Registro de Parejas de Hecho de 1989, Noruega con su Ley sobre Registro de Parejas de 1993 o Suecia con la Ley de Parejas Registradas de 1994, cuyo contenido de derechos era mucho más amplio que el que presentaba la anterior Ley sobre hogar común de convivientes de hecho de 1987), configuró un «modelo escandinavo» de protección de este tipo de relaciones, claramente inspirado en el matrimonio (a diferencia del Pacto Civil de Solidaridad francés) aunque no del todo idéntico (dada la regulación en materia de adopción) y, en todo caso, precursor de las reformas legales en otros países europeos.

En el ámbito de la Unión Europea, el propio Parlamento Europeo, en especial desde su célebre Resolución de 8 de febrero de 1994, venía demandando la protección de este modelo de convivencia al margen o dentro de la institución matrimonial. Petición que ha sido periódicamente reiterada y cuyo fundamento jurídico se hace residir en la necesaria proscripción de toda discriminación por razones de orientación sexual<sup>1</sup>.

Como es bien sabido, dichas Resoluciones no son directamente vinculantes para los Estados miembros pero contribuyen a consolidar una imagen de cambio no sólo social sino también institucional, de gran valor a efectos hermenéuticos y sobre a todo a efectos de dotar a las normas de protección de los derechos fundamentales (en el Convenio Europeo de Derechos Humanos –en adelante, CEDH– o en la Constitución Española) de un carácter evolutivo, como se ha podido ver recientemente en materia de matrimonio tras la STEDH

---

<sup>1</sup> Así, cabe citar la Resolución de 8 de febrero de 1994 (D.O.C.E. 28 febrero 1994, C 61/40), sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea; la Resolución de 17 de diciembre de 1998 (D.O.C.E. 9 abril 1999, C 98/279), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1997); la Resolución de 16 de marzo de 2000 (D.O.C.E. 29 diciembre 2000, C 377/344), sobre el respeto de los derechos humanos en la Unión Europea (1998-1999); la Resolución de 15 de enero de 2003 (D.O.C.E. 12 febrero 2004, C 38 E/247), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2001); o, más recientemente, la Resolución de 14 de enero de 2009 (D.O.U.E. 24 febrero 2010, C 46 E/48), sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2004-2008); la Resolución de 28 de septiembre de 2011, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género en las Naciones Unidas; o la Resolución de 13 de marzo de 2012, sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2011).

24 junio 2010, *asunto Schalk and Kopf c. Austria* y, en especial, tras la Sentencia del Tribunal Constitucional español de 6 de noviembre de 2012, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad nº 6864/2005, interpuesto contra la ley 13/2005, de 1 de julio<sup>2</sup>.

## 2. LA CONVIVENCIA DE PERSONAS DEL MISMO SEXO ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Pese a todo, la posición del TEDH sobre la convivencia entre personas del mismo sexo venía siendo contraria a su integración en el ámbito del derecho a la vida familiar. El Tribunal de Estrasburgo no consideraba que la convivencia entre personas del mismo sexo fuera constitutiva de vida familiar a los efectos del artículo 8 del CEDH. Lo cual no dejaba de ser paradójico, si tenemos en cuenta que el derecho a la vida familiar recogido en el citado precepto es un concepto enormemente amplio, que se reconoce a aquellos que de manera real y efectiva guardan entre sí una relación personal estrecha y no necesariamente de base biológica o consanguínea, relación que tienen derecho a preservar sin injerencias estatales que dificulten o impidan injustificadamente su mantenimiento.

El Tribunal extiende la protección «a cualquier relación en la que, de hecho, se generen lazos de mutua dependencia equivalentes a los familiares, por alejada que resulte de los parámetros de la familia tradicional basada en el matrimonio»<sup>3</sup>. Así, este derecho al respeto de la vida familiar existe en las

---

<sup>2</sup> Así se desprende de su Fundamento Jurídico Noveno. Tras afirmar que «la Constitución es un *árbol vivo*, (...) que, a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad», señala que la «lectura evolutiva de la Constitución, que se proyecta en especial a la categoría de la garantía institucional, nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla». Cultura jurídica que se construye y configura acudiendo a diferentes elementos, entre los que se encuentra «la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición».

<sup>3</sup> Cfr. P. SANTOLAYA, «El Derecho a la vida privada y familiar (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad)», en J. García Roca y P. Santolaya (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª ed., Madrid, 2009, p. 553.

relaciones entre cónyuges<sup>4</sup>, así como entre padres e hijos<sup>5</sup>, pero se extiende también a otro tipo de relaciones fundadas en el parentesco (entre hermanos, tíos y sobrinos, abuelos y nietos) e incluso al margen de éste, pues «la noción de familia contemplada por el artículo 8 no se limita solamente a las relaciones basadas en el matrimonio, sino que puede englobar otros vínculos ‘familiares’ de facto, cuando las partes conviven fuera de todo vínculo marital»<sup>6</sup>.

Pues bien, pese a la amplia definición ofrecida acerca de qué se entiende por vida familiar y pese a las coordenadas en las que se mueve esta definición (relación personal estrecha y no necesariamente fundada en el dato biológico), la relación existente entre dos personas del mismo sexo no venía siendo considerada como constitutiva de vida familiar<sup>7</sup> sino que simplemente quedaba encuadrada en el derecho a la vida privada<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. STEDH 28 mayo 1985, *asunto Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, § 62, en la que, matizando lo dispuesto en el *asunto Marckx* (donde se recordó que la garantía del derecho al respeto de la vida familiar presupone la existencia previa de una familia), se afirmó que «sin embargo, ello no implica que toda vida familiar proyectada quede enteramente excluida de su ámbito. Sea lo que fuere lo que la palabra ‘familia’ pueda además significar, debe en todo caso incluir la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio, (...) incluso si una vida familiar del tipo al que el Gobierno se refiere no ha sido todavía plenamente establecida. Deben considerarse tales uniones como suficientes para merecer el respeto debido en virtud del artículo 8».

<sup>5</sup> Al margen de que éstos sean matrimoniales o extramatrimoniales, pues un hijo nacido en el marco de unas relaciones familiares de *facto* es parte *ipso iure* de esa unidad familiar por el mero hecho de su nacimiento, existiendo por tanto entre el hijo y los padres un vínculo que supone vida familiar (STEDH 11 octubre 2001, *asunto Hoffmann c. Alemania*, § 34) y ello aunque en el momento del nacimiento no haya convivencia efectiva entre dichos padres o la relación haya llegado a su fin (STEDH 26 mayo 1994, *asunto Keegan c. Irlanda*, § 44). La vida familiar derivada *ipso iure* de las relaciones paternofiliales se ve excepcionada cuando se trate de hijos adultos, en cuyo caso para apreciar vida familiar y gozar de la protección del artículo 8 habrá de demostrarse «la existencia de elementos complementarios de dependencia distintos a los vínculos afectivos normales» (*asunto Emonet y otros c. Suiza*, § 35).

<sup>6</sup> El reconocimiento de vida familiar en el marco de una convivencia *more uxorio* aparece ya con toda nitidez en la STEDH 18 diciembre 1986, *asunto Johnston c. Irlanda*, § 56 y da lugar a una jurisprudencia constante, reflejada, entre otras, en la STEDH 26 mayo 1994, *asunto Keegan c. Irlanda*, § 44; STEDH 27 octubre 1994, *asunto Kroon y otros c. Países Bajos*, § 30, o en STEDH 13 diciembre 2007, *asunto Emonet y otros c. Suiza*, § 36). Como señala M. A. PRESNO LINERA, *El Derecho Europeo de Familia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 51, en tales situaciones es de gran importancia que las relaciones fácticas existentes estén acompañadas de una apariencia de vida familiar, de la asunción de un determinado rol y del desarrollo de una cierta conducta frente a los demás.

<sup>7</sup> Derecho que en cambio sí que concurría, en el ámbito de las que podríamos denominar «relaciones familiares verticales», entre un padre de tendencia homosexual y su hija, nacida de un matrimonio anterior, sin que la orientación sexual del progenitor fuese un argumento por sí mismo suficiente para retirarle la custodia de su hija, pues ello iría contra su derecho a la vida

Esta era la solución ofrecida por la Decisión del TEDH 10 de mayo de 2001, *Mata Estévez c. España* (relativa a la denegación de la pensión de viudedad al miembro superviviente de una pareja del mismo sexo), donde se entendía que las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no entraban dentro del derecho al respeto a la vida familiar, por tratarse de una materia en la que no existía un denominador común ampliamente compartido y en la que los Estados gozarían de un amplio margen de apreciación<sup>9</sup>. Razón por la cual la demanda debía ser inadmitida, como efectivamente sucedió, por unanimidad.

Lo anterior, sin embargo, no significaba que el Tribunal de Estrasburgo tolerase las discriminaciones por razón de orientación sexual. Muy al contrario, el Tribunal amparaba las demandas formuladas contra los Estados cuyas legislaciones admitiesen tratamientos discriminatorios de las personas

---

familiar y contra el derecho a la igualdad de trato (*vid.* Sentencia del TEDH (Sección 4ª) de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*). Por su parte, en la Sentencia del TEDH (Sección 4ª) de 9 de mayo de 2006, *asunto C. c. Finlandia*, pese a existir hijos de una de las integrantes de la pareja homosexual y pese a existir una convivencia estable entre los niños, su progenitora y la pareja de ésta, el TEDH no negó que concurría vida familiar sino que simplemente evitó hablar de la existencia de vida familiar entre dichas personas, cuestión que tampoco abordó al morir la madre y quedar los hijos bajo la protección de la *partner* superviviente. Por el contrario, el Tribunal se limitó a reconocer la protección del derecho a la vida familiar del padre divorciado cuya petición de atribución de la custodia había sido rechazada por los Tribunales internos.

- <sup>8</sup> En este sentido se manifestó (como veremos en seguida) el TEDH en la Sentencia de 24 de junio de 2010, *asunto Schalk and Kopf c. Austria*, § 92, donde se afirmaba que hasta dicha sentencia «la jurisprudencia del Tribunal solo ha aceptado que la relación afectiva y sexual de una pareja del mismo sexo constituye una ‘vida privada’ pero no una ‘vida familiar’, incluso tratándose de relaciones a largo plazo entre miembros de una pareja que viven juntos». Conclusión a la que se llegaba por tratarse de una materia en la que «pese a la tendencia creciente en varios países europeos a reconocer legal y judicialmente las uniones de facto entre homosexuales», los Estados conservaban aún un amplio margen de apreciación «dada la existencia de escasos terrenos comunes entre los Estados Contratantes».
- <sup>9</sup> Decisión del TEDH de 10 de mayo de 2001, *Mata Estévez c. España*: «En lo referente a la determinación de si la decisión en cuestión se refiere al ámbito de la ‘vida familiar’ en el sentido del artículo 8.1. del Convenio, el Tribunal recuerda que, según la jurisprudencia constante de los órganos del Convenio, las relaciones homosexuales duraderas entre dos hombres no dependen del derecho al respeto de la vida familiar que protege el artículo 8 del Convenio (ver núm. 9369/1981, Dc. 3.5. 1983, DR 32, pg. 220; núm. 11716/1985. Dec. 14.5.1986, DR. 47, p. 247). El Tribunal considera que pese a la evolución constatada en varios Estados europeos tendiente al reconocimiento legal y jurídico de las uniones de hecho estables entre homosexuales, se trata de un ámbito en el que los Estados Contratantes, en ausencia de un denominador común ampliamente compartido, gozan todavía de un gran margen de apreciación (...). En consecuencia, la relación del demandante con su pareja, actualmente fallecido, no depende del artículo 8 en la medida en que esta disposición protege el respeto de la vida familiar».

homosexuales, por entenderlos contrarios, dentro del ámbito del artículo 8 del CEDH<sup>10</sup>:

- a) Al derecho a la vida privada de dichas personas. En este ámbito cabe destacar el *asunto Dudgeon c. Reino Unido*, Sentencia de 22 octubre 1981, por la consideración de las conductas homosexuales como delito según la legislación irlandesa, sin que la finalidad de salvaguardar la moralidad y el orden público lo justificase, por ser un fin desproporcionado y no «necesario en una sociedad democrática» o el *asunto Smith y Grady c. Reino Unido*, Sentencia de 25 julio 2000, en la demanda de indemnización presentada por dos ciudadanos británicos a causa de las investigaciones seguidas contra ellos y de su posterior despido de las Fuerzas Armadas sobre la base de su inclinación sexual.
- b) Al derecho a la vida familiar de los homosexuales. En concreto, prohibiendo que por su orientación sexual fueran a priori excluidos del ejercicio de la patria potestad (Sentencia del TEDH (Sección 4ª) de 21 de diciembre de 1999, *asunto Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*). Con posterioridad, rechazando que por esta causa se les pueda excluir de la posibilidad de adoptar individualmente, cambiando en el *asunto E.B c. Francia*, STEDH 22 enero 2008, lo dispuesto en el *asunto Fretté v. Francia*, STEDH 26 febrero 2002.
- c) Al derecho al domicilio donde desarrollar esa vida privada y familiar, como se desprende de las Sentencias recaídas en los *asuntos Karner* (2003) y *Korelc* (2009). En ambos se plantea la vulneración de los artículos 8 y 14 del CEDH por no reconocer las respectivas legislaciones estatales (Austria y Eslovenia) el derecho a la subrogación arrendaticia del conviviente del mismo sexo supérstite.

En el *asunto Karner c. Austria* (STEDH de 24 de julio de 2003) el Tribunal de Estrasburgo entendió que Austria vulneraba el Convenio al no haber acreditado por qué movito la exclusión de la subrogación arrendaticia del supérstite del mismo sexo resultaba necesaria para conseguir el fin pretendido, que

<sup>10</sup> También aprecia discriminación por vulneración de otros preceptos, como el artículo 1 del Protocolo 1 del CEDH: *vid. asunto J.M. c. Reino Unido*. Sentencia de 28 septiembre 2010, en un caso de discriminación por razón de la orientación sexual al determinarse la pensión de alimentos de la madre divorciada de manera distinta por mantener relación con persona del mismo sexo, lo que determina la existencia de una violación del Convenio por no apreciarse una justificación objetiva y razonable.

no era otro que la protección de la familia en sentido tradicional. Protección que, en principio, constituía un objetivo legítimo a juicio del TEDH<sup>11</sup> pero para cuya consecución resultaba imprescindible la proporcionalidad de las medidas adoptadas, que no se habría respetado en este caso por no quedar acreditado que excluir a las personas que viven una relación homosexual de la subrogación arrendaticia fuese necesario para conseguir dicho fin (*Karner*, §§ 40 y 41).

Por su parte, en la Sentencia (Sección 3ª) de 12 de mayo de 2009, *asunto Korelc c. Eslovenia*, se examinó la cuestión desde otra óptica, en concreto la del derecho a la subrogación arrendaticia del conviviente del mismo sexo integrante de una relación no marital<sup>12</sup>. En esta sentencia, el Tribunal entiende que el demandante no tiene derecho a subrogarse al no haber mantenido con el difunto una relación de tipo sexual sino meramente asistencial y afectiva, más próxima a una «comunidad económica» que a la «comunidad de vida duradera» que sí que le otorgaría tal facultad subrogatoria según la legislación eslovena.

De hecho, el razonamiento de la sentencia es que, como reconoció el Tribunal Constitucional esloveno, la discriminación por razón de sexo sólo se podría haber planteado si se hubiera tratado de una pareja de hecho entre personas del mismo sexo, pues en aquel entonces la Sección 56 de la *Housing Act* eslovena de 1991 sólo permitía la subrogación arrendaticia a las parejas estables de distinto sexo (situación ésta que cambió en la *Registration of the Same-Sex Civil Partnership Act* de 2005, Sección 37). Al no ser éste el caso, no habría discriminación por el simple motivo de que la diferencia de trato se fundaría no en la falta de diversidad sexual sino en el hecho de no estar ante una pareja estable. De ahí que la solución hubiera sido la misma si la convivencia no marital se hubiera dado entre un hombre y una mujer (*vid. Korelc*, § 88).

<sup>11</sup> *Vid.* también la Decisión del TEDH de 21 de septiembre de 2010, *asunto Manenc c. Francia* (decisión sobre la admisibilidad de la reclamación nº 66686/09), en relación a la negativa del Estado francés a reconocer la *pension de réversion* al integrante supérstite de un pacto civil de solidaridad, con independencia de su orientación sexual. En opinión del Tribunal, el objetivo de la norma francesa se concreta en la protección de la familia fundada en el matrimonio, objetivo legítimo para cuya consecución se adopta la medida discutida, en uso del amplio margen de apreciación que el Convenio otorga a los Estados.

<sup>12</sup> En este caso se trataba de dos hombres adultos –de 44 y 86 años respectivamente– que comenzaron a vivir juntos en una relación de contenido asistencial pero no sexual. Al morir el de mayor edad, el más joven pretende subrogarse en el alquiler de la vivienda, siendo rechazada su pretensión en todas las instancias, lo que le lleva a acudir finalmente al TEDH invocando la vulneración, entre otros, del artículo 14 en conexión con el artículo 8 del CEDH.



En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protegía la vida privada e incluso la vida familiar de las personas homosexuales. Pero respecto de esta última, se protegía la vida familiar en un sentido vertical, esto es, la relación entre el homosexual y sus hijos presentes o incluso futuros. En cambio, desde una perspectiva horizontal, no se consideraba como vida familiar la que existía entre los homosexuales convivientes. La pareja homosexual no era *per se* familia.

Esta situación cambió a partir de la Sentencia *Schalk and Kopf v. Austria* de 24 de junio de 2010, donde se planteó directamente por primera vez la demanda de dos homosexuales que buscan contraer matrimonio<sup>13</sup>.

### 3. LA SENTENCIA *SCHALK AND KOPF C. AUSTRIA*

En ella, el Tribunal de Estrasburgo profundizó en ese planteamiento tuitivo de la convivencia entre personas del mismo sexo, si bien lo hizo de modo cauteloso. En realidad, puso los cimientos de una futura protección de esa convivencia aunque, como seguidamente veremos, sin obligar todavía a levantar el edificio que diera cobijo concreto a esas uniones.

En el supuesto que dio origen a la sentencia, una pareja de varones alegó que el artículo 44 del Código civil austríaco, que circunscribía el contrato matrimonial al celebrado entre dos personas del sexo opuesto vulneraba la Constitución austríaca y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

---

<sup>13</sup> En realidad, el Tribunal había tenido que abordar anteriormente la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo en dos Decisiones de 28 de noviembre de 2006, si bien como consecuencia de una falta de heterosexualidad sobrevenida, producida por el cambio de sexo de uno de los cónyuges. En tales casos, el Tribunal de Estrasburgo declaró inadmisibile la demanda, señalando que el Estado actuaba dentro de los márgenes del artículo 12 del CEDH cuando sólo permitía el matrimonio entre personas de sexo opuesto. A lo cual añadió que quedaba dentro del margen de apreciación del Estado la determinación del modo de regular los efectos del cambio de sexo sobre los matrimonios preexistentes. En el caso concreto, para obtener el pleno reconocimiento formal del nuevo sexo adquirido se exigía de manera ineludible anular el matrimonio, lo que se justificaba por la falta sobrevenida de heterosexualidad ya que «en derecho inglés [...] solamente las personas de sexo opuesto pueden casarse; los matrimonios entre personas del mismo sexo no están permitidos» (Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos [4ª Sección] de 28 de noviembre de 2006, *asunto Parry c. Reino Unido*; en la misma fecha se dictó la Decisión por la que se resolvió el *asunto R. and F. c. Reino Unido*, con una argumentación idéntica a la anterior, con el matiz de que al vivir los cónyuges en Escocia, la *Gender Recognition Act* de 2004 exigía en este caso no la anulación del matrimonio sino el divorcio de los cónyuges).

A fin de ofrecer a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal para el reconocimiento y para la concesión de efectos a su relación, Austria aprobó la Ley de parejas registradas n° 135/2009, que entró en vigor el 1 de enero de 2010, orientada únicamente a las uniones registradas de parejas del mismo sexo y con la que se buscaba atribuir a los miembros de la unión registrada la misma situación legal que a los esposos en diversos ámbitos jurídicos<sup>14</sup>. Sin embargo, en el momento en que formularon la demanda, su unión carecía de toda protección legal, razón que les llevó a plantear ante el Tribunal Constitucional Austríaco un recurso en el que invocaban la violación de su derecho al respeto de su vida privada, de su vida familiar y del principio de no discriminación, recurso cuyo rechazo dio lugar a la demanda ante el Tribunal de Estrasburgo.

### 3.1. *Mayor reconocimiento legal*

En la sentencia, esa mayor atención a la tutela de la convivencia entre personas del mismo sexo se concretaba de dos maneras:

#### a) *Reconociendo dicha convivencia como manifestación del derecho a la vida familiar*

Así, en su parágrafo 94 afirmaba que resulta artificial «mantener el planteamiento de que, a diferencia de las parejas de distinto sexo, las del mismo sexo no pueden disfrutar de ‘vida familiar’ a los efectos del artículo 8». Fundamentaba el Tribunal su afirmación en la rápida evolución de las actitudes sociales respecto de las parejas del mismo sexo, en su reconocimiento legal por parte de un buen número de Estados miembros (20 de 47, en el momento de dictarse la Sentencia, según los datos reflejados los §§ 27 a 30) y en su inclusión dentro de la noción de familia<sup>15</sup> en algunas disposiciones del Derecho comunitario europeo<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Pese lo cual, subsistían ciertas diferencias respecto del matrimonio, principalmente las referidas al acceso a la paternidad, viéndose excluidos tanto de la adopción conjunta como de la adopción de los hijos del otro conviviente, a lo que cabría añadir la negativa al acceso a la inseminación artificial.

<sup>15</sup> Como con acierto anticipara PRESNO, cit., p. 51, reconocer la presencia de vida familiar sobre la base de una «apariencia de vida familiar», pese a no existir ni vínculo matrimonial ni parentesco, suponía servirse de algo sujeto a evolución jurídica, histórica y social, detectándose desde hace años una tendencia creciente a no condicionar esa apariencia de familia a la heterosexualidad de la pareja.

<sup>16</sup> En particular, el artículo 4.3 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reunificación familiar, y el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE del

Todo ello le llevaba a negar ahora la existencia del amplio margen de apreciación de los Estados que reconocía anteriormente en esta materia y a considerar que la relación de los integrantes de una pareja del mismo sexo que viven juntos en una unión estable «está incluida en el concepto de ‘vida familiar’, exactamente igual que lo estaría una pareja de distinto sexo en la misma situación» (§§ 93 y 94).

b) *Reconociendo que la regulación estatal del matrimonio entre personas del mismo sexo tiene cabida en el concepto de derecho a contraer matrimonio regulado en el artículo 12 CEDH*

Con base en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (cuyo artículo 9 adopta un texto diferente<sup>17</sup> al del artículo 12 del CEDH buscando deliberadamente dar un carácter más abierto al derecho a contraer matrimonio<sup>18</sup>), en los importantes cambios sociales experimentados en los últimos años por la institución del matrimonio (que se traducían en una notable tolerancia o aceptación social hacia el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>19</sup>) y en la evolución e impulso institucional (encauzando un cierto sentir

---

Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se regula el derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

<sup>17</sup> Artículo 9: «Se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las Leyes nacionales que regulen su ejercicio».

<sup>18</sup> Así se desprende con nitidez de la Explicación ofrecida a dicho artículo 9, donde, tras reconocer que el mismo está basado en el artículo 12 del CEDH, se añade seguidamente que «La redacción de este derecho se ha modernizado para abarcar los casos en los que las legislaciones nacionales reconocen vías distintas a la del matrimonio para fundar una familia. *Este artículo ni prohíbe ni impone el que se conceda estatuto matrimonial a la unión de personas del mismo sexo. Este derecho es por lo tanto similar al previsto por el CEDH, pero su alcance puede ser más amplio cuando la legislación nacional así lo establezca*». También se desprende de la Explicación al artículo 52 apartado tercero de la Carta, donde se afirma que ese artículo 9 «abarca el ámbito del artículo 12 del CEDH, pero su ámbito de aplicación puede ampliarse a otras formas de matrimonio siempre que la legislación nacional las contemple». Cfr. Diario Oficial de la Unión Europea, 14 de diciembre de 2007, C/303/21. Para una visión crítica de las Explicaciones del Praesidium, *vid.* J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, «Comentario al artículo 9», en A. Mangas Martín (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, 2008, pp. 248-249.

<sup>19</sup> Como se reflejó, en el ámbito de los países miembros de la Unión Europea, en el Eurobarómetro 66, *Public Opinion in the European Union*, realizado entre septiembre y octubre de 2006 y publicado en septiembre de 2007, pp. 43 a 46 y 461-462, que señalaba que el 44 % de ciudadanos en el total de la Unión Europea era partidario del matrimonio homosexual, oponiéndose al mismo el 49%.

social y promoviendo su proyección a nivel legislativo<sup>20</sup>), el Tribunal de Estrasburgo abrió el derecho al matrimonio recogido en el artículo 12 del CEDH y la propia institución matrimonial a las personas del mismo sexo.

Al afirmar que no cabe limitar el *ius connubii* «en todas las circunstancias al matrimonio entre dos personas de sexo contrario» (§ 61) es necesario concluir que según el Tribunal el llamado *matrimonio homosexual* no contradice el artículo 12. Antes bien, dicha modalidad de matrimonio tiene cabida dentro de su ámbito de aplicación y, por tanto, las legislaciones que lo admitan operan dentro de los márgenes del Convenio.

Para ello, el Tribunal se vio en la necesidad de eliminar el obstáculo que a tal efecto suponía el requisito de la heterosexualidad. Como bien se señalaba en el comentario al artículo 9 de la Carta, al que alude la propia sentencia en su parágrafo 60, «puede interpretarse que no hay obstáculos para reconocer las relaciones del mismo sexo en el ámbito del matrimonio», si bien recordando que «en cualquier caso, no se exige de forma explícita que las Leyes nacionales permitan este tipo de uniones»<sup>21</sup>. En definitiva, como dice la Sentencia de la

<sup>20</sup> Actitud que en algunos casos puede resultar cuestionable pues, como alerta J. M. LLOPIS GINER, «Reflexiones críticas del derecho de familia: tradición y futuro», en Beneyto, Torrero y Llopis (coords.), *Retos del siglo XXI para la familia*, Práctica de Derecho, Valencia, 2008, p. 262, «la tiranía de las encuestas y de las estadísticas se muestra en este punto como uno de los objetivos que mayor peligro comporta a una justa regulación jurídica en el ámbito familiar». En opinión del autor, a veces los políticos no pueden sustraerse a ellas y otras veces se esconden tras ellas, alegando que es la sociedad la que exige los cambios en materia de familia y olvidando que «lo que aparentemente figura como parecer de la mayoría, no ha de ser necesariamente correcto desde el punto de vista ético». Igualmente crítico se muestra M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de las reformas del Código civil de julio de 2005», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 1467-1471, quien tras poner en duda que el legislador ostente «la luminosa visión de la sociedad que pretenciosamente se arroga», afirma que «aunque en efecto fuese capaz de percibir certeramente la realidad social, ello no garantiza que la visión de la sociedad sea acorde a la dignidad humana y a los valores constitucionales», razón por la cual entiende que «el fundamento de las leyes debe ser algo más que ese barato y pretendido sociologismo que ahora se nos propone», debiendo ser buscado «en otra parte, no en la simple repetición de actos por parte de los integrantes del cuerpo social».

<sup>21</sup> De manera muy gráfica, afirma la Sentencia que «No obstante, *tal como están las cosas*, la cuestión de la autorización o no del matrimonio entre personas del mismo sexo se deja a la regulación de las Leyes nacionales de cada Estado Contratante» (§ 61). Esta visión suscita la crítica de L. HODSON, «A Marriage by any other Name? Schalk and Kopf c. Austria», *Human Rights Law Review*, vol. 11 (1) (marzo 2011), p. 173, para quien si el matrimonio no es ya «inevitablemente una institución hecha para las parejas de distinto sexo», la exclusión de un grupo concreto, como en este caso las parejas del mismo sexo, requeriría una justificación, no bastando con dejar el asunto a la discreción de cada legislador estatal.

Corte di Cassazione italiana número 4184, de 15 marzo 2012 (apartado 4.1) «el Tribunal Europeo... solamente ha removido el obstáculo –precisamente la diversidad de sexo de los cónyuges– que impedía el reconocimiento del derecho al matrimonio homosexual».

Se impuso, pues, en el Tribunal de Estrasburgo una interpretación evolutiva<sup>22</sup>, lo que por otra parte presenta un interés añadido pues elude plantearse si el derecho al matrimonio tiene algún tipo de contenido esencial previo e inmutable.

### 3.2. *Cautela a la hora de exigir la concreción de mecanismos de protección*

Pese a todo lo anterior, la sentencia *Schalk* no llega hasta las últimas consecuencias. De un examen conjunto de los parágrafos 94 y 105 se desprende que la *tendencia favorable* detectada en los últimos años en las legislaciones de los Estados miembros es motivo suficiente para entender que nos movemos dentro del ámbito de protección del derecho a la vida familiar pero, sin embargo, no tiene la entidad necesaria para imponer las reformas legales. La razón está en que esa tendencia no es seguida todavía por la mayoría de los Estados, lo que *impide hablar de la existencia de un consenso europeo* en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo. Más bien, estamos ante un consenso en fase de formación, razón por la cual se aplica la doctrina del margen de apreciación estatal aunque de manera limitada: no en relación a si procederá en el futuro exigir ese reconocimiento (pues implícitamente se concibe la tendencia como imparable) sino respecto del momento en que se deberán introducir esas reformas legales (*Schalk*, § 105).

Se distancia así el Tribunal del criterio seguido en *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido*, en el sentido de que la mera «tendencia internacional continua» de aceptación social del fenómeno y de regulación del mismo en las legislaciones nacionales no es suficiente (a diferencia de lo acontecido

---

<sup>22</sup> Línea interpretativa que va a ser seguida por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012, respondiendo a la lógica, resaltada mediante la cita de diversas sentencias previas, de que la interpretación por parte del Tribunal Constitucional de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas no puede de ninguna manera prescindir de la que a su vez llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España. A juicio del Tribunal, en afirmación que puede resultar discutible, «la regla hermenéutica del artículo 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva».

en las sentencias citadas donde, en materia de transexualidad y matrimonio, esa tendencia internacional continua sí fue suficiente<sup>23</sup>) como para considerar que el Estado demandado vulneró el artículo 8 del CEDH, sino, a lo sumo, para considerar que la figura tiene encaje dentro del derecho al respeto de la vida familiar.

Este planteamiento cauteloso es el seguido tanto para la imposición de una aceptación del matrimonio entre personas del mismo sexo como para el ofrecimiento de vías alternativas de reconocimiento legal y de protección jurídica.

En cuanto a lo primero, tras constatar en *Schalk* que no existe un consenso europeo respecto al matrimonio entre personas del mismo sexo, el Tribunal opta por seguir el planteamiento abierto, inclusivo y no impositivo del artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y dejar la regulación de la materia en manos de los legisladores nacionales, cuyo criterio no puede ser reemplazado por el del Tribunal (*Schalk*, §§ 62 y 63).

Ahora bien, esta disociación entre el reconocimiento del derecho a contraer matrimonio, así entendido, y la protección efectiva de su ejercicio no queda *sine die* al albur de la voluntad de los Parlamentos nacionales, pues en último término previsiblemente será el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien podrá apreciar cuándo la aceptación social, institucional y legislativa de tales matrimonios llega a tal nivel de consenso que se alcanza el punto de inflexión en el que el margen de apreciación de los Estados decaiga<sup>24</sup> y en el que lo que era sólo posible se convierta en debido. En este caso,

<sup>23</sup> Para una visión crítica de esta técnica interpretativa, *vid.* J. A. GONZÁLEZ VEGA, «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, n° 1 (enero-junio 2004), pp. 177-184.

<sup>24</sup> Para R. CONTI, «Convergenze (inconsapevoli o... naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali», en *Il Corriere Giuridico*, 4 (2011), p. 583, la «doctrina del consenso» tiene como objetivo salvaguardar las tradiciones histórico-jurídico-sociales de los países que se han adherido al CEDH, a los que se reconoce la capacidad de adoptar medidas limitativas de derechos fundamentales. Sin embargo, no queda claro ni la manera en que el TEDH adquiere los elementos cognoscitivos para evaluar ese consenso, ni las características que éste debe presentar, ni tampoco su extensión o los casos en que decae. En la misma línea, J. ROSAS DE CASTRO, «Em torno da margem de apreciação dos estados na aplicação da convenção europeia dos direitos do homem», en *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVI (2010), pp. 291-294, quien extiende su crítica a la correlativa doctrina del margen de apreciación, en la que la inconsistencia argumentativa y la ausencia de principios orientadores precisos a la hora de valorar el peso de cada uno de los criterios seguidos, permiten afirmar que la invocación de

sería posible imponer ese a aquellas legislaciones nacionales que se muestren reticentes, so pena de tener que soportar satisfacciones equitativas con las que resarcir a las personas cuyos derechos se hubiesen visto vulnerados (arts. 41 y 46 CEDH).

En realidad, este es un ejemplo más de las consecuencias de la aplicación del argumento sociológico y evolutivo. En el caso que nos ocupa puede servir tanto para proclamar hoy en día, en aras del respeto del margen de apreciación estatal, la improcedencia de una imposición del matrimonio entre personas de distinto sexo a los Estados signatarios<sup>25</sup>, como para admitir que en el futuro, logrado el consenso europeo suficiente<sup>26</sup>, esa imposición pueda ser un hecho<sup>27</sup>.

En cuanto al ofrecimiento de vías alternativas de reconocimiento legal y de protección jurídica, al abordar el problema de si el Estado austríaco debería haber proporcionado a los demandantes un medio alternativo de reconocimiento jurídico de su unión anteriormente a cuando lo hizo, el Tribunal entendió que en materia de reconocimiento legal de las parejas del mismo sexo, Europa es «*aún un terreno de derechos en evolución sin un consenso establecido*», razón por la cual los Estados deben disfrutar de un *margen de apreciación en cuanto al momento* de introducir las modificaciones legales (§ 105)<sup>28</sup>. Aunque

---

dicha doctrina como fundamento de la decisión tiene poco que ver con la claridad, previsibilidad e igualdad en la aplicación del Convenio inherentes a un sistema fundado en la primacía del Derecho (pp. 303-310, en especial, p. 308). En la misma línea crítica, en la doctrina española, cfr. J. GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010, en particular pp. 264-265, 293-295 o 377 y ss. Para este autor, estamos ante un «criterio de decisión no reglado, flexible, pragmático y de aplicación irregular. (...) a veces es más un *criterio de justificación* de legitimidad de las decisiones del TEDH, más o menos retórico, que un verdadero *criterio de interpretación* de los derechos».

<sup>25</sup> Reiterada por la Sentencia del TEDH (Sección 5ª), de 15 de marzo de 2012, *asunto Gas et Dubois c. Francia*, § 66.

<sup>26</sup> Pues, como señala GARCÍA ROCA, cit., pp. 149-150, «la existencia de unos estándares europeos comunes tiende a reforzar la aplicación de una interpretación evolutiva y a empujarse el margen».

<sup>27</sup> Como afirma CONTI, cit., p. 587, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo se tiene la sensación de que las posiciones adoptadas por los Tribunales nacionales y por el propio Tribunal Europeo no son en absoluto definitivas sino solamente «expresión de una época de gran efervescencia y cambios que, por tanto, deja verdaderamente abierta más de una vía para su reversión».

<sup>28</sup> Lo que suscita la crítica de tres de los jueces integrantes del Tribunal (Opinión disidente conjunta de los jueces Rozakis, Spielmann y Jebens) quienes consideran que, dado que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones de especial peso como justificación, el Gobierno

Austria no figuraba a la vanguardia de esa tendencia de los últimos años, el Tribunal de Estrasburgo estimó que no por ello se le podía reprochar al legislador austríaco no haber introducido con anterioridad la Ley reguladora de la convivencia registrada.

De esta manera, *el qué* (la procedencia de las modificaciones legales) se da por sobreentendido de cara al futuro y lo que se reserva al margen de apreciación de los Estados es *el cuándo*<sup>29</sup>.

Esta forma de razonar conduce a una situación paradójica, pues la Sentencia reconoce la convivencia estable entre personas del mismo sexo como una manifestación del derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 (negando el margen de apreciación de los Estados a tal efecto<sup>30</sup>) y, como tal, como un tipo de relación necesitado de protección y reconocimiento jurídicos (de lo que se deduciría, en buena lógica, que las modificaciones legales a las que alude el Tribunal serían necesarias) pero, al mismo tiempo, no deriva de ello un deber positivo de los Estados de establecer mecanismos legales que permitan hacer eficaz esa protección y ese reconocimiento<sup>31</sup>.

Con ello, la convivencia entre personas del mismo sexo ve limitada *de facto* su eficacia a ser mera manifestación de la vida privada. El derecho a la vida familiar recogido en el artículo 8 del CEDH queda, pues, a expensas de que en un pronunciamiento ulterior el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entienda que el consenso europeo es suficiente como para imponer la protección de esta manifestación de la vida familiar. Hasta entonces, la doctrina establecida por el Tribunal en el *asunto Schalk and Kopf* impedirá entender que el vacío normativo

---

de Austria no podía limitarse a invocar su margen de apreciación para legitimar la diferencia de trato. Y ello al margen de la existencia o no de una base común en la legislación de los Estados contratantes, pues «sólo en el caso de que las autoridades nacionales aporten motivos de justificación puede el Tribunal apreciar, teniendo en cuenta la existencia o no de una base común, que aquéllas están en mejor situación para determinar efectivamente la cuestión» (apartado 8).

<sup>29</sup> En el mismo sentido, HODSON, cit., p. 176.

<sup>30</sup> En realidad, el argumento estaba ya implícito en la Sentencia de 2 de marzo de 2010, *Kozak c. Polonia*, al señalar en su párrafo 98 que «el Convenio es un instrumento vivo, a interpretar a la luz de las condiciones actuales» y que «el Estado, en la elección de los medios para proteger a la familia y asegurar, tal y como exige el artículo 8, el respeto de la vida familiar, debe necesariamente tener en cuenta la evolución de la sociedad y los cambios en la percepción de la cuestiones sociales, relacionales y de estatus civil, incluido el hecho de que no existe solamente una manera o una opción en el ámbito de cómo una persona lleva o entiende su vida privada o familiar».

<sup>31</sup> Cfr. HODSON, cit., p. 175. En opinión de S. L. COOPER, «Marriage, Family, Discrimination & Contradiction: An Evaluation of the Legacy and Future of the European Court of Human Rights' Jurisprudence on LGBT Rights», en *German Law Journal*, vol. 12, n° 10, p. 1747 y 1761, estamos ante una negativa a proteger ese modelo de vida familiar.



de un Estado en esta materia sea constitutivo de una vulneración del artículo 14 en relación con el artículo 8, en su vertiente de derecho a la vida familiar.

En definitiva, el Tribunal permite la protección (que incluso presupone) pero de momento no la impone, ni como matrimonio ni tampoco como unión registrada.

#### 4. ¿POR QUÉ SE PROTEGE LA CONVIVENCIA ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO?

Llegamos entonces a la cuestión central del asunto que ahora nos ocupa. ¿En qué se basa esta protección por parte de las legislaciones nacionales? ¿Cuál es el motivo que lleva a plantear siquiera ante el Tribunal de Estrasburgo una equiparación tuitiva al régimen del matrimonio?

En una visión clásica, de la que han sido históricamente tributarias tanto las legislaciones nacionales como los textos internacionales que regulan el derecho a contraer matrimonio, el matrimonio se orienta institucionalmente a la procreación y educación de la prole en un ambiente adecuado<sup>32</sup>. A ello responde su estructura dual (concebir es cosa de dos) y heterosexual (concebir es cosa de hombre y mujer), así como su carácter de relación de índole sexual. Así entendido, el interés individual de las personas de constituir una comunidad de vida y de canalizar a través de ella su vida familiar se encuentra con el interés público en velar por el relevo generacional y por un marco educativo lo más armónico posible para la educación de los hijos<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Como se afirma en *Parry c. Reino Unido*, Decisión del TEDH del 28 de noviembre de 2006, al examinar la pretendida violación del artículo 12 por imponerse la anulación del matrimonio previo para así poder lograr el pleno reconocimiento del nuevo sexo del aún cónyuge, «dadas las sensibles opciones morales implicadas y la importancia que particularmente debe atribuirse a la *protección de los niños y al fomento de ambientes familiares seguros*, esta Corte no debe apresurarse a sustituir con su propio juicio el de las autoridades que están en mejores condiciones para *evaluar y responder a las necesidades de la sociedad*». De las palabras en cursiva puede deducirse una visión del derecho al matrimonio y del derecho a fundar una familia en íntima relación con el interés social en la protección de los hijos.

<sup>33</sup> Interés que explica que la Constitución de Hungría regule el matrimonio dentro de sus Disposiciones Básicas y no dentro de los derechos fundamentales, que la de Lituania lo sitúe no en el título segundo, que recoge los derechos de la persona, sino en el título tercero: «La sociedad y el Estado»; o que la Constitución de Polonia lo ubique en el capítulo I, «La República», y no en el capítulo III, «Libertades, derechos y obligaciones de las personas y ciudadanos». Interés que, asimismo, lleva al artículo 7 de la Constitución política del Estado de Baja California, en México, a reconocer y proteger la institución del matrimonio como «derecho de la sociedad», y no como un derecho individual de las personas.

Esta visión clásica desaparece por completo a raíz de la *Sentencia Schalk* y de la Carta de Estrasburgo. El nexo entre matrimonio y procreación se había mantenido hasta entonces pese a la admisión del matrimonio del transexual según su nuevo sexo adquirido, por tratarse en realidad, desde un punto de vista civil, de un matrimonio entre personas de distinto sexo cuya peculiaridad residía en qué se entiende por sexo y cómo queda éste determinado a efectos matrimoniales. Aun siendo de suyo estéril, el matrimonio del transexual era un matrimonio estructuralmente vinculado a las finalidades clásicas de la institución.

Todo esto quiebra con la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo dentro los márgenes del Convenio. La estructura del matrimonio se rompe y la pregunta ha de ser entonces cuál es el interés público que late bajo la protección del matrimonio, tal y como éste queda ahora diseñado. Y, yendo más allá, cuál es el interés público que preside la juridificación, en aquellas legislaciones donde se ha obrado con mayor cautela, de las convivencias entre personas del mismo sexo.

Se puede alegar que el respeto a la dignidad de la persona (principio sobre el que gira todo el Convenio Europeo de Derechos Humanos), a la libertad individual y al libre desarrollo de la personalidad serían razones suficientes para preservar este tipo de fórmulas convivenciales en las que el individuo se desarrolla como persona<sup>34</sup>. Y puede que así sea, aunque el interés individual prevalezca y el interés público quede algo difuminado.

En todo caso, esta explicación nos llevaría a otra consideración. En concreto, al posible carácter sobrevenidamente discriminatorio de las legislaciones nacionales sobre matrimonio (caso de la española) y sobre convivencia more uxorio (caso de la inglesa a partir de 2004). La cuestión se ve mejor cuando se aborda desde el punto de vista excluyente (por qué otros no acceden a una protección como la que ofrece el matrimonio) y no desde el inclusivo (por qué las parejas del mismo sexo sí acceden al régimen jurídico del matrimonio).

Si la dignidad, la libertad individual y el libre desarrollo de la personalidad justifican la protección del matrimonio y de la unión registrada como

---

<sup>34</sup> Argumento sostenido por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012, Fundamento Jurídico 11º, donde afirma que al permitir el matrimonio de personas homosexuales con personas de su mismo sexo, «se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales (STC 212/2005, de 21 de julio, FJ 4), además de ser fundamento del orden político y de la paz social y, por eso, un valor jurídico fundamental (STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8)...».

fórmulas convivenciales ¿por qué no proteger otros modelos de convivencia manifestativas de esos mismos valores? Así, si el matrimonio deja de orientarse a la procreación, como reiteradamente señala la doctrina y como admiten los Tribunales (v.gr. el Tribunal Constitucional portugués en su Sentencia 121/2010, de 8 de abril de 2010), y pierde con ello, al menos aparentemente, su dimensión sexual: ¿por qué no dar acceso al matrimonio o a la unión de hecho a personas que ahora lo tienen vedado—v.gr. hermanos o parientes consanguíneos—? ¿Qué interés público late en la protección de este modelo de convivencia que, pese a que parece responder a intereses básicamente individuales, lo distingue y privilegia frente a otros modelos de convivencia?

Veamos la respuesta del Tribunal de Estrasburgo. En concreto, ante las demandas planteadas por personas integradas en otros tipos de relación convivencial, el Tribunal ha respondido sosteniendo un concepto de matrimonio y de unión registrada como relación hetero u homosexual comprometida. Así se desprende con toda claridad de lo dispuesto en el *asunto Burden y Burden c. Reino Unido*, resuelto por STEDH de 12 diciembre 2006.

En ella, el Tribunal examinó la reclamación planteada por dos hermanas inglesas que desde hace años vivían juntas de manera permanente y que compartían la titularidad de la vivienda que habitaban. Las demandantes alegaban que la negativa del Reino Unido a conceder la exención en el pago del impuesto de sucesiones, que sí se reconocía a los cónyuges o a los integrantes de una pareja homosexual registrada, constituía una discriminación por parte del Reino Unido.

En la citada sentencia, se entendía que la negativa de la legislación inglesa a reconocer a este tipo de cohabitación el citado beneficio fiscal «persigue un fin legítimo, adoptando una medida razonable y objetivamente justificada ya que con ello se busca *promover las relaciones comprometidas heterosexuales y homosexuales*, proporcionando al sobreviviente una medida de seguridad económica tras el fallecimiento del esposo o del compañero» (§ 59). Parece que para el Tribunal lo común al matrimonio y a las parejas del mismo sexo registradas es el hecho de constituir *relaciones comprometidas*. No se explicita en qué consisten esas relaciones ni cuál es el contenido de ese compromiso, pero de esta definición se deduce la igualdad de trato entre ellas y la protección reforzada frente a otros modelos de convivencia, como el de las reclamantes, cuya relación se caracterizaba, sin embargo, por un vínculo de afecto y dependencia mutuos y por una estabilidad que se había mostrado muy superior a la de la mayoría de matrimonios.

Plantado recurso ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ésta dictó sentencia el 29 abril 2008. En ella, la Gran Sala resaltó las

diferencias esenciales entre esta relación de cohabitación duradera, fundada en la consanguinidad (§ 62) y un matrimonio o unión civil entre personas del mismo sexo, donde «el elemento determinante es la existencia de un compromiso público, unido a un conjunto de derechos y obligaciones de orden contractual», más que la duración o el carácter solidario de la relación (§ 65). A su juicio, estas diferencias entre quienes han contraído matrimonio o constituido una unión civil (formas de unión jurídicamente vinculantes) y quienes, como las demandantes, mantienen una relación de cohabitación duradera, impedirían hablar de relaciones análogas y, por tanto, de discriminación a los efectos del artículo 14 del CEDH.

Aunque el tribunal se resiste a decirlo expresamente, parece que junto al compromiso público, la sexualidad es la seña determinante de este tipo de relación y lo que justifica su juridicidad reforzada. La pregunta que cabe formularse entonces es ¿por qué ha de proteger el legislador unas relaciones de contenido sexual? Es más, si la procreación no es un fin del matrimonio ni de las uniones civiles, ¿por qué se impide a otro tipo de relaciones contraer matrimonio para disfrutar del régimen jurídico pretendido?<sup>35</sup> Más aun, ¿cómo se puede justificar el régimen de impedimentos de parentesco presentes en el matrimonio<sup>36</sup> y en las uniones civiles? ¿No es acaso discriminatorio impedir el matrimonio o la unión registrada de dos hermanas o de madre e hija si el matrimonio no tiene por finalidad la procreación ni tiene necesariamente una dimensión sexual?<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> En el párrafo 62 de *Burden*, la Gran Sala, tras afirmar que «la esencia misma del vínculo entre hermanos y hermanas es la consanguinidad», omite decir cual es la esencia misma del matrimonio o de la unión civil registrada, limitándose a afirmar que «una de las características que definen el matrimonio o la unión basada en la Ley de Uniones Civiles es que estas formas de unión son prohibidas a las personas con un parentesco cercano»

<sup>36</sup> Cabría preguntarse qué sentido tiene el impedimento de parentesco (art. 47 CC) cuando se trata del matrimonio entre personas del mismo sexo que, por definición, no pueden tener hijos biológicos comunes. No concurriendo la razón eugenésica que subyace en dicho impedimento ¿por qué aplicarlo en ese modelo de matrimonio? Cfr. V. TORRALBA SORIANO, «¿Qué matrimonio?», en *Libro-Homenaje al Profesor Manuel Amorós Guardiola*, Centro de Estudios, Madrid, 2006, pp. 1818-1819, quien entiende que, por este motivo, la ley 13/2005 no acabó con una discriminación sino que estableció nuevas discriminaciones.

<sup>37</sup> En palabras del Juez David Thór Björgvinsson, «aunque en sentido estricto la queja alude únicamente a una diferencia de trato en materia de impuesto sobre sucesiones, en un contexto más amplio trata –en sustancia– del hecho de que se aplican normas distintas y que el vínculo de consanguinidad entre las demandantes impide a éstas contraer un acuerdo jurídico semejante al matrimonio o a la unión civil para que el marco jurídico en cuestión –concretamente las disposiciones pertinentes de la legislación de impuestos sobre sucesiones– fuese aplicable a su situación».

Si quiere verse desde una perspectiva menos radical, la pregunta podría ser: ¿no sería discriminatorio, por introducir una diferencia fundada en razones de parentesco, negar la protección que se dispensa a los cónyuges o unidos a aquellas otras personas que organizan su vida, que ejercitan su libertad y que desarrollan su personalidad por unos cauces menos convencionales? Cabría preguntarse por qué no se ofrece la protección del matrimonio o de la unión civil a otros modelos de convivencia en los que, concurriendo afectividad, dependencia, solidaridad mutua y acreditada estabilidad en la relación entre dos personas, la relación sexual queda mitigada o es directamente inexistente.

A mi entender, cuando la Gran Sala afirma que «en el plano cualitativo la relación entre hermanos y hermanas es diferente por naturaleza de la que une a dos cónyuges o miembros homosexuales de una unión civil en virtud de la Ley británica de Uniones Civiles» (*Burden*, § 62), lo hace pensando no sólo en el papel esencial que juegan la declaración de voluntad y la adhesión consciente a una institución que confiere un estatus jurídico particular, sino en el contenido mismo de la relación que así se constituye. Contenido que no tiene un carácter meramente afectivo y solidario (que también concurrirían en la convivencia entre hermanos) sino que se caracteriza por el carácter sexual de la relación.

A ello aludía la sentencia recurrida (*asunto Burden y Burden*) al considerar como fin legítimo la protección de las relaciones heterosexuales y homosexuales que sean comprometidas. Por su parte, entre los jueces integrantes de la Gran Sala, el Juez Björgvinsson afirmaba en su Opinión concordante que «toda comparación entre, de un lado, la relación de las demandantes y, de otro, la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil debe hacerse sin referencia particular a la diferencia de marco jurídico aplicable y concentrarse únicamente en las diferencias sustanciales o materiales que afectan a la naturaleza misma de la relación», diferencias que se referirían «principalmente al carácter sexual de la relación entre dos cónyuges o miembros de una unión civil» y que no caracterizarían la relación entre las demandantes.

Y con igual claridad pero con un estilo aún más directo, se manifestaba en su Opinión disidente el Juez Zupančič, cuando se preguntaba: «¿Es el hecho de que dos personas tengan una relación sexual lo que crea un vínculo racional con un interés legítimo del Estado?» En opinión del citado Juez, la opinión mayoritaria de la Gran Sala se asienta sobre una consideración del matrimonio y de las uniones registradas como relaciones estables de contenido sexual merecedoras de protección privilegiada, razón por la cual la

concesión de ventajas fiscales en tales casos y no a favor de otros modelos de convivencia no sería discriminatoria, por perseguir tal medida la consecución de un fin legítimo.

Ahora bien, entiendo que a menos que sostengamos que la satisfacción sexual y felicidad subsiguiente de los ciudadanos es cuestión de interés público y elemento suficiente para justificar las diferencias de trato en materia tan sensible como ésta, es necesario preguntarse en qué consiste ese interés legítimo del Estado<sup>38</sup> en otorgar una especial protección a determinadas relaciones de índole sexual<sup>39</sup>.

Como ya ha quedado dicho, la razón que justificaba tradicionalmente el otorgamiento de dicha protección privilegiada era el interés social consistente en asegurar la perpetuación de la sociedad. El matrimonio era el sexo institucionalizado y como institución resultaba de interés público en la medida que tendía a la procreación y a la educación.

De las sentencias anteriores<sup>40</sup> se desprende que para el TEDH, el matrimonio sigue siendo una relación concebida en clave sexual<sup>41</sup>. La pregunta es,

<sup>38</sup> Vid. al respecto, J. R., POLO SABAU, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2006, pp. 37-38 y 84-86. Para el autor, el declive de la dimensión procreativa del matrimonio en la legislación estatal, en beneficio de la convivencia afectiva o amorosa como causa del matrimonio, permite plantearse qué sentido tiene en la actualidad la intervención social en el matrimonio, esto es, la protección específica de los sentimientos de los ciudadanos y de las relaciones que pudieran derivarse de los mismos.

<sup>39</sup> Como señala el TEDH, la vida sexual pertenece a la esfera personal que protege el artículo 8 del CEDH (junto a la identidad sexual, el nombre o la orientación sexual: Sentencia del TEDH, Sección 4ª, de 29 de abril de 2002, *asunto Pretty c. Reino Unido* o Sentencia del TEDH, Sección 1ª, de 8 de enero de 2009, *asunto Schlumpf c. Suiza*, § 100), precepto que tutela el derecho al pleno desarrollo personal y a establecer relaciones con los semejantes y el mundo exterior. Este derecho exige la no injerencia arbitraria de los poderes públicos y, además, ciertas obligaciones positivas inherentes al efectivo respeto de la vida privada o familiar (§ 102). Ahora bien, ha de notarse que el TEDH reclama tener en cuenta el equilibrio justo a mantener entre el interés general y los intereses de la persona, especialmente en un tema tan sensible como el de su definición sexual o su orientación sexual. Por lo tanto, el respeto por la vida sexual de las personas pertenece al interés privado de éstas, pero no a un interés legítimo del Estado que pueda justificar un tratamiento diferencial frente a otras conductas o relaciones que también son manifestaciones del derecho a la vida privada y que se conectan con el libre desarrollo de la personalidad del sujeto.

<sup>40</sup> También, y con igual claridad, de la Sentencia (Sección 3ª) de 12 de mayo de 2009, *asunto Korek c. Eslovenia*.

<sup>41</sup> Lo cual constituye una notable diferencia con lo dispuesto por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia de 6 de noviembre de 2012. Para nuestro Tribunal Constitucional las reformas introducidas en 2005 no han impedido que la institución matrimonial se mantenga en términos perfectamente reconocibles para la imagen que tiene la sociedad española actual

ahora, para qué<sup>42</sup>. Y aún más, la pregunta es también para qué exigimos un carácter sexual en la relación convivencial entre dos personas del mismo sexo.

Sin precisar cual es el interés público subyacente, resulta dudoso que se puedan establecer diferencias de tratamiento frente a otras convivencias, por el riesgo de que la diferencia de trato sea discriminatoria, en cuanto que carezca de un fin legítimo o suponga un sacrificio excesivo de un derecho fundamental sin que exista un interés público que justifique la necesidad de la medida.

Y si la sexualidad de la relación se mantiene como una exigencia, siquiera sea velada, derivada del interés público en la procreación, entonces habría que replantear el sentido de la equiparación entre matrimonios y uniones civiles homosexuales, así como la extensión del matrimonio a personas del mismo sexo<sup>43</sup>, pues al ser dichas uniones o matrimonios natural y estructuralmente incapaces de contribuir al relevo generacional pese al contenido sexual de la relación a la

---

del matrimonio, entendido «como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador». Como se puede ver, ninguna referencia al carácter sexual de la unión, a menos que se exija ese contenido al afecto al que alude el Tribunal Constitucional.

<sup>42</sup> El hecho de que se reformule el matrimonio y se exalte su perspectiva puramente individualista se explica por la falta de vigor teleológico del matrimonio resaltada en su día por L. I. ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, Universidad de Navarra, Pamplona 1989, p. 19. Este diagnóstico es el que lleva a C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Nuevas perspectivas sobre el Derecho de familia: perplejidades, claves y paradojas», en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 489 y 490, a proponer como solución la recuperación de ese vigor teleológico: intentar saber el por qué y el para qué de la regulación jurídica, más allá de la pura inercia histórica o cultural. «Pensar cuál es la razón en cuya virtud, desde hace siglos, la Sociedad y el Derecho invierten tiempo y esfuerzo en regular este tipo de relaciones, dotándoles además de una configuración muy específica y de una estructura jurídica muy densa».

<sup>43</sup> M. ALONSO PÉREZ, *La familia y el Derecho de familia*, en Yzquierdo Tolsada y Cuenca Casas (dir.), *Tratado del Derecho de la Familia*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 141, al reflexionar sobre el fenómeno de la convivencia estable de pareja y sobre el que denomina «seudomatrimonio homosexual», recuerda que, aunque el positivismo legalista pueda abrir el matrimonio a dos hombres o dos mujeres, éste «es la fuente principal de vínculos familiares por su estructura bisexual y su apertura a la creación de vidas nuevas». En palabras de este autor, «el matrimonio sólo lo es en cuanto potencialmente es creador de vida y renuevo constante de los miembros de la sociedad. Algo imposible en el llamado matrimonio homosexual».

que dan lugar, no se ve cómo habrían de contribuir a la consecución de ese fin legítimo sobre el que los Estados asentarían las diferencias de trato y con base en el cual el Tribunal Europeo de Derechos Humanos negaría la existencia de discriminación.

En conclusión, entiendo que tanto el Tribunal de Estrasburgo como algunos legisladores nacionales han dado sobradas muestras de atención a un cierto impulso social (criterio sociológico), pero también sobradas muestras de olvido de la teleología de las instituciones de Derecho privado, del interés público que subyace a su protección reforzada y de la coherencia de un sistema en el que la supresión de límites para unos exige dudar de los motivos que llevan a no quitárselos a otros (esto es, a mantener ciertos impedimentos).